

“ ...

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ikinci bölümünde vücut dokunulmazlığına karşı suçlar başlığı altında m.86’da kasten yaralama suçunu düzenlemiş, suçun kanuni tanımında “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denmiştir. Suçun alt ve üst sınırı dikkate alınarak bu suç ve suçun nitelikli halleri yönünden görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir. Konumuzla alakalı olan nitelikli halin incelenmesinde ise, aynı maddenin 3. fıkrasında, “Kasten yaralama suçunun, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın verilecek ceza yarı oranında arttırılır denilerek bu suçun mağdurunun kamu görevlisi olması halinde bir artırım sebebi düzenlenmiştir.

Aynı Kanun’un sekizinci bölümünde şerefe karşı suçlar başlığı altında, 125. maddede hakaret suçu düzenlenmiştir. Bu suç, “Bir kimseye, onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.” şeklinde tanımlanmıştır. Nitelikli halleri ve arttırıcı sebepleri düzenleyen devam maddelerinin incelenmesinde, özellikle 3. maddenin (a) bendinde, “Hakaret suçunun, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı ... işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz”, denilerek bu suçun mağdurunun kamu görevlisi olması halinde bir nitelikli hal düzenlenmiştir.

Burada tartışılması gereken husus, kamu görevlisinin kim ve kamu hizmetinin ne olduğudur. TCK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde: “Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” denilmek suretiyle kamu görevlisinin tanımının yapıldığı, maddenin gerekçesinde ise “... kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır” denildikten sonra, kamusal faaliyetin de “Anayasa ve Kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir” şeklinde tanımlandığı, TCK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki “kamu görevlisi” tanımında yer alan “katılan kişi” ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan “kamusal faaliyet” kavramından hareketle bir kimsenin “kamu görevlisi” yapılan faaliyetinde “kamusal faaliyet” sayılabileceği için kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bununda Anayasa ve Kanunda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ile ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği anlaşılmalıdır (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 10 .CD. 2021/759 E, 2021/1640 K, 15.10.2021)

Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2015/3449 Esas, 2015/3800 Karar sayılı kararında “Katılanın özel hastanede doktor olarak çalıştığına anlaşılması karşısında, eylemin kamu görevlisine hakaret olarak kabul edilemeyeceği gözetilmeden, TCK’nın 125/1. maddesi yerine 125/3-a maddesi ile hüküm kurulması” yine Yargıtay 21. Ceza Dairesinin 28.12.2015 gün 2015/13365-6682 E,K, sayılı ilamlarında da başka suçlar yönünden de özel hastane personelinin kamu görevlisi sayılamayacağı hususunu net bir şekilde ortaya koymaktadır.

3359 sayılı Kanun’un Ek-12 maddesiyle 15/04/2020 tarihinde eklenen hükmün ilk cümlesi, “kamu” sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı işlenen suçlarda Türk Ceza Kanunu’nun 51. maddesinde belirtilen erteleme yasağı ve artırım hükümleri

getirilmiş, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel ise yukarıda belirtilen yüksek yargı mahkemesi kararlarının aksine “kamu görevlisi” sayılması kararlaştırılmıştır.

Somut norm denetimi talep edilen denetime konu somut olayımızdaki hastane personelimiz bir özel teşebbüs hastane olup suçun sübutunda bir sıkıntı olmadan kovuşturma ve tahkikat işlemleri tamamlandıktan sonra hüküm fıkrasına gelindiğinde, somut norm denetimine tabi hükmün varlığından önce hüküm kurulacak olsaydı sırasıyla sanığın sübut bulan ve özel hastanede çalışan doktora yönelik eyleminin hakaret suçunu oluşturduğu dikkate alınarak takdiren Türk Ceza Kanunu’nun 125/1. maddesi gereğince cezalandırılmasına (burada hakim takdir hakkına girmeyip yalnızca sübut ve nihai hüküm irdelenmektedir) verilecek cezanın mağdurun özel hastanede çalışan ve yeni yasa değişikliği ile kamu görevlisi statüsüne giren bir sağlık personeli olmasından dolayı 1 yıldan az olamayacağından sanığın bir yıl ile cezalandırılmasına denilerek akabinde Türk Ceza Kanunu’nun 62., 50. ve 51. madde hükümleri tartışılarak sanık hakkında nihai karar verilecekken, 3359 sayılı Kanun’un Ek-12. maddesinin 2-a bendi gereğince verilecek sonuç cezanın hükmün yayım tarihi itibarıyla yarı oranında sonuç cezaya ilaveten bir kez daha artırım yapmak gerekecektir. Benzer bir şekilde her ne kadar somut olayımızda kasten yaralama suçu yönünden olmasa da, kasten yaralamaya ilişkin benzer bir hüküm kurulduğunda, yine sanığın özel hastanede çalışan doktora karşı sübut bulan fiilinin Türk Ceza Kanunu’nun 86/1’de belirtilen yaralama suçunu oluşturduğu anlaşıldığından cezalandırılmasına, mağdurun kamu görevlisi olmasından ve eyleminin doktorun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde aynı Kanun’un 86/3-c maddesi gereğince verilecek cezanın yarı oranında arttırılmasına, bu maddeden sonra gelmek üzere denetime konu 3359 sayılı Kanun’un Ek-12. maddesinin 2-a bendi gereğince bu cezanın yarı oranında bir kez daha arttırılması gerekecektir.

Peki burada problem nedir? Burada sorun evrensel “non bis in idem” ilkesidir. Bu ilke, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korunmaya Dair Sözleşmeyi, yani bildiğimiz adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde belirtilen, ülkemizce 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Kanun’la onaylanan ve AİHAS 7. Ek Protokolü ile Anayasamızın 90/5. maddesine göre mevzuatımızda icrailik kazanan “aynı suçtan iki defa yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı” anlamına gelmektedir.

Ülkemizde de yürürlük yetkisi alan İHAS Ek 7 no’lu Protokolün “Aynı Suçtan İki Defa Yargılanmama Ve Cezalandırılmama Hakkı” başlıklı 4. maddesine göre protokolün geçerli olduğu ülkelerde aynı suçtan dolayı ikinci defa yargılanma ve cezalandırma durumu ortadan kaldırılmaktadır. Adı geçen hükme göre;

“1. Hiç kimse; bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak “kesin bir hükümle” mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yine veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşmenin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile öngörülen yükümlülüklerle aykırı hiçbir tedbir alınamaz”

“Non bis in idem”olarak da ifade edilen bu prensip, aynı fiil nedeniyle faile bir defa ceza verilmesi demektir. Herkes, bir suçtan ancak bir defa yargılanabilir ve bir defa cezalandırılabilir. Somut olayımızda bu ilke, “bir artırım sebebinden dolayı ceza ancak bir kez artırılabilir” olarak vücut bulacaktır.

Görevi nedeniyle kendisine karşı işlenen suçun mağdurunun kamu hastanesinde çalışan bir sağlık personeli olması nedeniyle hem özellikle Türk Ceza Kanunu’nun 86/1 ve 86/3-c ve 3359 sayılı Kanun’un Ek 12. maddesinden hem de somut norm denetimine konu Türk Ceza Kanunu’nun 125/1 ve 3/a’dan verilecek ceza bir yıla çekilerek tekrardan 3359 sayılı Kanun’un Ek 12. maddesinden artırım yapılması gerekecektir. Hal böyle olunca, görevi nedeniyle bir sağlık personeline karşı gerçekleştirilen eyleminden dolayı sanık cezalandırılacaksa mağdurun kamu hastanesinde çalışan bir sağlık personeli, dolayısıyla kamu görevlisi olmasından dolayı suçun mahiyetine göre artırım veya cezanın 1 yıldan az olamayacağı gündeme gelecek, hem de sağlık personeli olan bir kamu görevlisi olmasından dolayı ayrıca bir kez daha yarı oranında artırım gündeme gelecektir. Burada mağdurun kamu veya özel sağlık personeli olması zaten içinde kamu görevlisi olmasını da barındırmakta olup sanığın eyleminin özel veya kamu hastanesinde çalışan kamu görevlisine karşı işlenmesinde kamu görevlisi olma durumu iki defa cezalandırılacak ve Anayasamızın 95. maddesi gereğince ülkemiz mevzuatına uygun olarak yürürlüğe giren İHAS Ek 7 nolu protokolde belirtilen “non bis in idem” ilkesinin aksine bir artırım sebebinden dolayı ceza birden fazla kez artırılacak, dolayısıyla Anayasamızın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen maddedeki düzenlemelere aykırı olacaktır. Hal böyle olunca, işbu somut norm denetimi yoluna gidilen kanunun Anayasaya uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Ayrıca, kamu görevlileri ve kamu hizmetleri yine Anayasamızın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde belirtilen ve Türkiye Cumhuriyetimizin sosyal bir devlet olduğuna dair düzenlemenin en tabii sonucudur. Şüphesiz, sağlık hizmetleri sosyal devletin en temel hizmetlerinden biridir. Tüm dünyayı saran ve toplumsal infiale yol açan Covid-19 Pandemi süreci neticesinde sağlık personeline karşı işlenen suçlarda belirtilen cezalarda erteleme yasağına veya artırımına gitmek kabul edilebilir bir minnet yöntemi olmayıp aksinin kabulü halinde savaş döneminde kolluk kuvvetlerine veya toplumsal terör olaylarında yargı mensuplarına karşı işlenen suçlar yönünden kalıcı artırımlar yapılabilecek, bu durum kazuistik kanunların getirdiği uygulama zorluklarını beraberinde getirecektir. Olayımızla ilgili olarak, şahsın kamu görevlisi olması bir artırım sebebi, kamu veya özel hastanede çalışan bir ve yine kamu görevlisi olması ilave bir artırım sebebi olacaksa, bu durum diğer kamu hizmet ve görevlileri için de derin yaralar açacaktır. Örneğin; kanun koyucu şahsın kamu görevlisi olmasından dolayı benzer suçlar yönünden hali hazırda artırım veya nitelikli halleri düzenlemişken, son dönemlerde artan öğretmenlere karşı işlenen suçlar neticesinde eylemin mağduru olan kamu görevlisinin öğretmen olmasından dolayı tekrar bir artırım yapacak ve belki de mübalaa gibi gözükse de örneğin matematik öğretmeni diye tekrar mı artırım yapacaktır? Nasıl, Anayasamızın 10. maddesinde herkes kanun önünde eşit ise, şartlar ve koşullar ne olursa olsun, ister pandemi isterse savaş dönemi olsun, tüm kamu görevlileri kanun önünde eşittirler ve kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Bu düzenlemeyle giderilmek istenen mağduriyet uygulamada yerleşen özel sağlık kuruluşlarındaki asıl ve yardımcı sağlık personellerinin Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi sayılmayışı olup bu husus 3359 sayılı Kanun’un Ek-12. maddesinin 3. fıkrasında net bir şekilde açıklığa giderilmiş ancak devamında 2. fıkranın (a) ve (b) bendinde yapılan düzenlemelerin ile aşağıda belirtilen Anayasa hükümlerine aykırılık olduğu kanaatindeyiz.

Esas Sayısı : 2021/122
Karar Sayısı : 2021/92

Sonuç ve İstem:

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 7243 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 28. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'da Ek-12. maddeye ilaveten getirilen 2. fıkradaki (a) ve (b) bendinde belirtilen "İlgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır" ibaresi ile "Türk Ceza Kanununun 51. maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz" ibareleri Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 141. maddelerine aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesine arz olunur."